

A PRISÃO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA PENAL, CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

AFRÂNIO SILVA JARDIM

Promotor de Justiça e Professor — RJ (*)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Natureza Jurídica da prisão resultante da eficácia da sentença condenatória; 3. A importância prática da correta caracterização da natureza jurídica da prisão em face de sentença condenatória recorrível; 4. Hipóteses em que se instaura a execução penal provisória. O código vigente e o Projeto de Lei n. 7.869 do Executivo. Crítica; 5. Tentativa de harmonização do sistema de prisão e liberdade provisória com a prisão como efeito da sentença condenatória recorrível: Execução provisória penal; 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Estas breves notas partem de algumas premissas e retomam algumas idéias estabelecidas em nosso trabalho anterior intitulado "Visão sistemática da prisão provisória no código de processo penal", constante da coletânea de estudos que publicamos no ano passado pela Editora Forense, sob o título "Direito Processual Penal", ao qual pedimos vênha para remeter ao leitor.

Naquela oportunidade, ao delimitar o objeto das medidas cautelares pessoais no sistema processual penal em vigor, sustentamos que a prisão em decorrência de sentença penal recorrível não tem a natureza cautelar, tratando-se de execução provisória da pena. Por isso, esta espécie de prisão não foi estudada sistematicamente naquele ensaio.

Passado período relativamente longo, de permanente reflexão, resolvemos dar ao tema um tratamento mais preciso, procurando harmonizar tal espécie de prisão com o sistema de prisão e liberdade provisória, segundo metodologia anteriormente desenvolvida. Acreditamos ter chegado a soluções novas, de indiscutível valor prático.

Desta forma, são modestos os objetivos deste singelo estudo, cujo enfoque será precipuamente o dogmático, em busca de uma

(*) Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade Cândido Mendes (Centro) e do Curso de Especialização das Faculdades Integradas Estácio de Sá. Professor de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

compreensão lógica de como operam dois subsistemas importantes do Código Processo Penal em vigor.

2. A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO RESULTANTE DA EFICÁCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

É comum encontrarmos, na grande maioria de nossos melhores autores, a afirmação de que a prisão decorrente de sentença recorrível tem natureza cautelar, e, por conseguinte, é uma espécie do gênero prisão provisória.

No sentido acima assinalado, veja-se, por todos, a posição doutrinária do ilustre professor Romeu Pires de Campos Barros em seu excelente livro "Processo penal cautelar", Rio, Forense, 1982, págs. 275/278.

Nota-se uma incontida repulsa dos mais renomados especialistas em admitir, no processo penal, a chamada execução provisória, tão comum no processo civil. Alguns vêem na execução provisória penal um instituto prejudicial aos réus, que começariam a cumprir pena antes da apreciação de seu recurso pela superior instância.

Assim, torna-se imperioso afastar esta falsa impressão, incorporada à doutrina do Direito Processual Penal, resultante mais de uma visão errônea dos efeitos do instituto do que de uma interpretação científica e sistemática do processo. Até porque, conforme demonstraremos oportunamente, o reconhecimento da natureza de execução penal provisória à prisão resultante de condenação recorrível somente beneficia o réu.

Inicialmente parece-nos patente a ausência de cautelaridade na prisão que ora nos ocupa, cuidando-se, na verdade, de verdadeira tutela satisfativa, ainda que sujeita a eventual modificação.

Como se sabe, toda e qualquer forma de tutela cautelar há de estar marcada pelas seguintes características:

a) Acessoriedade: o processo ou medida cautelar está sempre vinculado ao resultado do processo penal;

b) Preventividade: destina-se a atividade cautelar a prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim;

c) Instrumentalidade hipotética: a tutela cautelar não é um fim em si mesma, mas visa a assegurar a eficácia prática da atividade jurisdicional desempenhada no processo de conhecimento ou execução. Como "instrumento do instrumento", tem por escopo tutelar os fins e os meios do processo satisfativo, podendo incidir sem que o seu beneficiário, ao final do processo principal, tenha efetivamente o direito alegado, que surge apenas como viável ou provável;

d) Provisoriedade: sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo satisfativo.

Ora, bem examinada a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível, vamos constatar que nenhuma das características acima mencionadas nela estão presentes, ao menos no sentido estrito que as compreendemos.

Em verdade, tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação.

Fácil perceber que esta prisão não visa a prevenir danos prováveis, (*periculum in mora*) pois a prisão se efetiva independentemente de qualquer consideração outra que não os pressupostos objetivos alinhados na regra do artigo 594 do Código de Processo Penal, que devem estar presentes apenas no momento da medida coercitiva.

Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita a condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado, (*fumus boni iuris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o.

Finalmente, também não vemos a marca da provisoriedade, (*rebus sic stantibus*), já que a sentença de mérito não se alicerça em fatos ou situações eventuais ou passageiras, pois é definitiva, no sentido processual. A sentença penal condenatória não é prolatada para ter eficácia subordinada ao resultado de um outro processo satisfativo.

Afastada a natureza cautelar da prisão em decorrência de sentença penal recorrível, não sendo espécie de prisão provisória, vejamos agora se podemos falar em execução provisória da pena em face do sistema processual vigente.

Dispõe a norma do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal:

“São efeitos da sentença condenatória recorrível: Inciso I — ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, bem como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança.”

Destarte, em face do teor da regra acima transcrita, a **prisão é um efeito da sentença. Esta, a sentença, passa a ser o título da prisão do réu condenado.** Se o acusado já se encontrava preso por outro motivo, incidindo tal eficácia sentencial segundo o

disposto no artigo 594, fica substituído o título da prisão anterior. Repetindo, o réu será preso ou permanecerá preso em razão da sentença de mérito condenatória. Tal percepção é importante para que não se continue, nesta hipótese, a trabalhar com o sistema de prisão e liberdade provisória, conforme salientaremos em item mais adiante.

Entretanto, tal eficácia prevista no artigo 393, inciso I, poderá ser paralisada pelo recurso do réu, caso tenha ele efeito suspensivo, por incidir alguma das hipóteses previstas no artigo 594 do Código de Processo Penal, as quais serão analisadas oportunamente. Neste caso, tendo efeito suspensivo a apelação do réu, não se instaura a execução penal provisória, podendo continuar a ser utilizado o sistema de prisão e liberdade provisória.

Importa salientar, portanto, que a eficácia suspensiva da apelação do réu impede tão-somente a sua prisão como efeito da sentença impugnada (execução provisória da penal), não vedando a custódia cautelar caso esteja presente algum motivo que autorize a decretação da prisão preventiva do réu, conforme deixamos escapar acima. Isto, lamentavelmente, tem passado despercebido pelos aplicadores do direito.

Assim, se a apelação do réu não tiver efeito suspensivo, instaura-se a execução penal desde logo, ainda que em caráter provisório. Neste caso, beneficia-se o réu dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, (Lei n. 7.210, de 1984), funcionando a sentença de mérito como título único e exclusivo da prisão, substituindo-se a qualquer outro anterior, não mais cabendo falar-se em liberdade provisória ou revogação de prisão preventiva anteriormente decretada.

Inversamente, tendo efeito suspensivo a apelação do réu, em razão da sentença condenatória não ficará preso. Em outras palavras, o réu não ficará preso como efeito da sentença. Tal não impede que venha a ser preso preventivamente, presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, bem como possa o réu ter a sua eventual prisão em flagrante substituída pela liberdade provisória do artigo 310, parágrafo único, ou ter a sua prisão preventiva revogada, se for o caso, nos termos do artigo 316. Tal visão sistemática do fenômeno processual não tem sido compreendida na prática judiciária.

O leitor mais exigente pode questionar se a simples interpretação sistemática dos artigos 393, inciso I e 594 realmente autoriza tais ousadas conclusões, principalmente porque elas têm como premissa a afirmativa de que o Código de Processo Penal admite a chamada execução provisória. Cremos que sim. Nada obstante, não operamos apenas com as duas normas acima mencionadas. Outros dispositivos vêm em nosso socorro, conforme demonstramos a seguir.

Vejamos, primeiramente, o teor do artigo 637 do Código Processo Penal, não revogado pela Lei n. 3.396, de 1958, *in verbis*:

"O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença." (Grifamos.)

Claro e indiscutível que, na hipótese de recurso extraordinário, como é da tradição de nosso direito processual em geral, teremos, necessariamente, uma execução de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, à míngua de efeito suspensivo do apelo heróico. Este fenômeno sempre existiu em nosso direito, embora, no processo penal, muitos não se tenham dele dado conta ou tirado todas as suas consequências jurídicas.

Se assim ocorre na sistemática do recurso extraordinário, por que situação idêntica não ocorreria quando desse tão-somente efeito devolutivo à apelação do réu? Jamais se sustentou que a prisão em decorrência de acórdão impugnado por recurso extraordinário fosse uma medida cautelar, ou seja, mais uma espécie de prisão provisória.

Mas não é só. Temos outros dispositivos legais autorizando o nosso entendimento de que a prisão como efeito da sentença condenatória tem a natureza de execução provisória da pena aplicada. Vejamos o que diz o artigo 669, inciso I, do Código de Processo Penal:

"Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo:

Inciso I — quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança."

Não cremos que esta norma esteja revogada pelo artigo 107 da Lei de Execução Penal. Semelhante regra já encontrávamos no Código de Processo Penal no artigo 674, em vigência simultânea com o aludido artigo 669, inciso I. A melhor interpretação é no sentido de que os dispositivos legais têm campos de incidência diversos. A carta de guia é indispensável para a instauração da execução penal definitiva, o que não impede que a natureza da prisão como efeito da condenação seja a de execução provisória. Em outras palavras, a exigência de expedição de carta de guia refere-se tão-somente à execução penal definitiva.

É lógico que a fiança referida nos artigos 393, inciso I, 594 e 669, inciso I, não tem a natureza de contracautela. Se a prisão não é cautelar, a caução aí não funciona como substitutivo de algo que não existe. *In casu*, o legislador permitiu que o réu, mediante determinada quantia, pudesse adiar o começo de sua execução

penal, aguardando o desfecho do seu recurso. Parece lógico afirmar que a natureza cautelar de uma determinada medida não pode ser depreendida de uma suposta contracautela, mas, inversamente, a caução somente terá a natureza de contracautela se funcionar como sucedâneo de uma medida cautelar. É intuitivo.

Por derradeiro, vale a pena chamar a atenção para a parte final do artigo 597 do Código de Processo Penal, que será útil para resolvermos, mais adiante, o tormentoso problema criado pelo artigo 160 da Lei de Execução Penal. Por ora, pela dicção da norma invocada, podemos dizer que estamos diante de uma execução penal provisória, pois a suspensão condicional da pena se aplica desde logo, independentemente do recurso do réu. Note-se que o "sursis", no sistema atual, tem como condição o cumprimento de uma pena restritiva de direito. Veja-se o artigo 78, § 1.º, do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 7.209, de 1984.

Desejamos fechar este item do nosso trabalho invocando o magistério de autores da maior relevância no cenário acadêmico brasileiro. O sempre acatado professor Hélio Bastos Tornaghi assevera que "a prisão como pena imposta em sentença recorrível é definitiva, embora sujeita a condição resolutive que é a reforma da sentença. E o próprio fato de a decisão da instância superior funcionar como condição resolutive está a mostrar que a prisão não era provisória". ("Instituições de processo penal", São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 3.º, pag. 167).

Os professores Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio de Moraes Pitombo, autores de nomeada e que participaram da elaboração da reforma penal de 1984, também admitem a execução provisória da pena, ou seja, sem que o título executivo penal tenha-se tornado perene, *in verbis*:

"Muito embora o enunciado formal da presunção de inocência possa abranger a extensão do princípio até o trânsito em julgado da sentença condenatória, em nosso sistema a executoriedade da decisão condenatória não depende da sentença definitiva, isto é, não modificável através de recurso. Com efeito, dispõe o artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, que é efeito da sentença condenatória 'ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança'.

Como consequência, se o condenado é posto desde logo em prisão, antes do desfecho da eventual apelação, tem-se que, se o início da execução da pena privativa de liberdade ocorrer em regime fechado ou semi-aberto, em tal oportunidade se deverá realizar o exame criminológico." ("Penas e medida de segurança no novo código". Rio, Forense, 1985, pag. 70.) (Grifamos.)

3. A IMPORTANCIA PRÁTICA DA CORRETA CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FACE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

A distinção que se procurou fazer não tem importância meramente sistemática e científica, o que, por si só, já justificaria o esforço exegetico. Na realidade, o resultado prático da correta caracterização da natureza jurídica da prisão que estamos estudando é da maior relevância no cotidiano forense, seja pela excelência das soluções que permite, diante de intrincados problemas concretos, seja pela grande incidência destas questões no processo.

Vamos chamar a atenção deste aspecto através de um problema que formulamos em recente concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Reflita o leitor sobre o seguinte caso:

"Caio foi condenado a quatro anos de reclusão. A sentença, todavia, ainda não transitou em julgado, pendente o recurso interposto pelo réu. Ocorre, porém, que, desde o momento em que Caio foi preso até os dias de hoje, já se passaram três anos. Por isso, Caio postulou o seu livramento condicional. O Conselho Penitenciário, sob o argumento de que se encontram cumpridas as formalidades e demais requisitos legais, opina pelo seu deferimento. Pergunta-se: seria cabível o livramento postulado por Caio na espécie?"

A toda evidência, o correto enfrentamento desta questão não dispensa o exame da natureza da prisão de Caio, após a sentença condenatória recorrida. Se entendermos que se trata de uma prisão provisória, de natureza cautelar, jamais poderíamos aceitar a aplicação do livramento condicional, como incidente que é de uma execução que não existiria. Entretanto, salta aos olhos a injustiça de manter Caio preso, naquelas circunstâncias. Muitos chegam a sugerir que Caio desista do recurso para a sua condenação transitar em julgado, a fim de se beneficiar do livramento condicional. Tal solução não pode ser, evidentemente, a melhor, pois obrigaria o recorrente a se conformar com uma condenação que reputa injusta para não continuar preso.

Se entendermos que, com a condenação, a anterior prisão em flagrante de Caio é substituída pela prisão resultante da eficácia da sentença penal, que instaura uma verdadeira execução da pena em caráter provisório, não haverá maiores óbices em acolher a postulação de Caio e conceder-lhe o livramento condicional, sem prejudicar o recurso através do qual busca a sua absolvição. Tal solução se apresenta aceitável mesmo que o Ministério Público tivesse recorrido. Aliás, é o que ocorre diariamente em face do processamento de recurso extraordinário interposto por qualquer das partes, tendo em vista o já citado artigo 637 do Código de Processo Penal.

Outro exemplo ressalta ainda mais a relevância da distinção que procuramos fazer neste estudo. É comum encontrarmos no foro réus condenados à pena privativa de liberdade para ser cumprida em regime aberto, na modalidade de prisão-albergue. Se o réu assim condenado tiver maus antecedentes não poderá apelar em liberdade, tendo em vista o disposto no artigo 594 do Código de Processo Penal. Então ficamos com a seguinte embaraçosa situação: se o réu não apela, transita em julgado a sua condenação e ele permanece em liberdade, no regime de prisão-albergue. Se recorre, terá que ficar preso até final apreciação do seu recurso no xadrez da delegacia local, por tratar-se, segundo entendimento majoritário, de prisão provisória.

Entretanto, se entendermos que, por não ter a sua apelação efeito suspensivo, a prisão do réu tem a natureza de **execução provisória**, produzindo desde logo a sentença seus regulares efeitos, deverá o réu ser submetido imediatamente ao regime aberto, conforme decidido na sentença que está sendo aplicada. A prisão em flagrante do réu é substituída por novo título, a sentença condenatória recorrida. Chega-se a uma solução absolutamente justa, operando-se corretamente com o sistema processual.

Por outro lado, conforme deixamos escapar na parte inicial destas notas, reconhecendo-se a natureza de execução provisória à prisão que estamos estudando, enquanto estiver em tramitação o recurso do réu, poderá ele se beneficiar com a mudança do regime de cumprimento de pena, da remição da pena pelo trabalho na forma do artigo 126 da Lei n. 7.210, de 1984, das saídas temporárias disciplinadas nos artigos 122/125 da citada Lei de Execução Penal, sendo o preso legitimado a postular o reconhecimento dos direitos elencados no artigo 41 da Lei executória etc. Se entendermos, ao contrário, que tal prisão tem a natureza cautelar, não podem incidir as regras apontadas, pois a execução somente se instauraria após o trânsito em julgado da condenação. Em outras palavras, a apelação do réu lhe seria invariavelmente prejudicial.

4. HIPÓTESES EM QUE SE INSTAURA A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA. O CÓDIGO VIGENTE E O PROJETO DE LEI N. 7.869 DO EXECUTIVO. CRÍTICA

Evidentemente neste item trataremos tão-somente da execução penal provisória em razão de sentença condenatória recorrida. Pela própria finalidade do trabalho, descabe examinar profundamente aquela outra execução provisória resultante de recurso extraordinário admitido pelo Presidente do Tribunal recorrido. A rigor, vamos interpretar a regra do artigo 594 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 5.941, de 1973, vamos apreciar proposta de sua alteração e sugerir redação fiel ao que aqui se sustenta.

Segundo o Direito Positivo vigente, cuidando-se de infração inafiançável, o condenado somente poderá apelar em liberdade se tiver bons antecedentes. Lógico que, tendo bons antecedentes, será necessariamente primário. Vale dizer, tendo maus antecedentes, o réu condenado à pena superior a dois anos de reclusão, (não detenção — artigo 323, I), terá sua pena executada imediatamente, vez que o seu recurso não dispõe de efeito suspensivo. A sentença é executada independentemente da apelação que venha a ser interposta.

Agora, tal não ocorre se o réu for condenado a infração afiançável e, com maior razão, a infração da qual se livre solto, mesmo que tenha maus antecedentes. Aqui não se inicia a execução provisória da pena, vez que, nestas hipóteses, a sua apelação tem efeito suspensivo.

Em resumo, somente poderá ser iniciada a execução provisória da sentença recorrida se, tendo maus antecedentes, o réu for condenado por crime inafiançável.

Note-se que a nossa análise parte de uma perspectiva não tradicional. Não estamos perquirindo os casos em que o réu condenado pode apelar em liberdade. Queremos saber em que situações a sua apelação tem efeito suspensivo. Assim agimos para evitar erros metodológicos, pois o réu poderá ficar em liberdade mesmo que, com maus antecedentes, venha a ser condenado a pena até quatro anos, gozando o regime aberto nos termos do artigo 33, § 2.º, letra "c", do Código Penal. Basta não ser reincidente.

Assim, a nossa interpretação do artigo 594 do Código de Processo Penal tem como escopo saber em que hipóteses se instaura a execução provisória da pena, por não ter a sentença os seus efeitos suspensos pela apelação do réu. Esta é a exata colocação que nos interessa.

No título seguinte do trabalho tentaremos utilizar este nosso enfoque exegético no plano sistemático, ou seja, aplicando-o em harmonia com o sistema de prisão e liberdade provisória. Por ora, apenas queremos salientar esta nova ótica de examinar a regra do artigo 594, fiel aos postulados desenvolvidos anteriormente.

Cabe agora tecer algumas considerações sobre a proposta legislativa mais recente e concreta de alterar a norma supramencionada. Referimo-nos ao projeto n. 7.860, de 1985 que ora se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Tal projeto, por sua amplitude, não merecerá de nossa parte, nesta oportunidade, análise geral ou global. Neste passo, sob este aspecto, nos limitamos a afirmar que se trata de um dos piores projetos de que tivemos conhecimento. Basta dizer, na parte que nos toca, que o seu artigo 1.º revoga tacitamente o atual artigo 594, enquanto

o seu artigo 3.º cria um parágrafo único para o atual artigo 594, que estará revogado pela entrada em vigor do próprio projeto, se convertido em lei (sic).

Nada obstante, a nossa crítica é também de fundo. Pela simples leitura do mencionado artigo 1.º do projeto, constata-se facilmente que os seus ilustres autores não entenderam o sistema processual vigente, demonstrando apenas preocupação de restringir ao máximo a "possibilidade de o condenado apelar em liberdade". Assim, além de exigir a primariedade e bons antecedentes, refere-se também ao reconhecimento de ausência de periculosidade e ausência de habitualidade na prática criminosa. Ao depois, em parágrafo único de difícil inteligência, de enorme extensão. Cria inúmeras e casuísticas restrições à regra do caput do artigo, fazendo menção a diversos artigos do Código Penal e de lei especiais. Note-se que este parágrafo teria a mesma função restritiva que o parágrafo único criado para o artigo 594 do Código de Processo Penal, o que nos deixa ainda mais perplexos. Aliás, como já dissemos, o projeto em toda a sua inteireza é absolutamente inaproveitável.

Em resumo, além dos injustificados defeitos de forma, o projeto continua a se preocupar com a questão de poder ou não o réu apelar em liberdade, nesta ou naquela hipótese, quando a questão deve ser deslocada para a outorga ou não de efeito suspensivo à apelação do réu.

É certo que o direito vigente se apresenta exageradamente liberal, dando efeito suspensivo à apelação do réu independentemente da gravidade do crime reconhecido na sentença ou qualquer outro aspecto relevante que poderia ser considerado pelo legislador. Sob este aspecto, os chamados bons antecedentes dizem muito pouco. Como vimos, para a outorga de efeito suspensivo à apelação do réu basta que ele, sendo primário, tenha bons antecedentes, qualquer que seja o crime praticado e qualquer que seja a pena aplicada na sentença recorrida.

Cremos que tal liberalidade não se justifica em nossos dias, não atendendo aos anseios sociais de maior eficácia da atividade jurisdicional do Estado. Este aspecto avulta nas condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, sempre a penas altas. É de todos sabido que, em respeito à soberania do Tribunal Popular, eventual recurso de apelação, de cabimento estrito, jamais poderá levar o segundo grau de jurisdição a absolver o réu. O máximo que a apelação poderá conseguir é diminuir a pena aplicada, ou levar o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Por outro lado, parece-nos sumamente injusto negar o duplo grau de jurisdição, ou seja, a possibilidade de apelar, ao réu pelo fato de não ter ele se recolhido à prisão, tendo maus antecedentes

em crimes inafiançáveis. É preciso distinguir nitidamente a desejável ampla admissibilidade dos recursos no processo penal e a conveniência de se iniciar a execução penal desde logo, malgrado a recorribilidade da sentença condenatória. A prisão não deve funcionar como mais um requisito de admissibilidade da apelação do réu de maus antecedentes, mas o seu recurso não impedirá a instauração da execução provisória da pena aplicada. Este é o correto enfoque da questão, segundo nosso entendimento.

Desta maneira, levando em linha de conta o preceito constitucional que assegura aos acusados ampla defesa no processo penal, com os recursos a ela inerentes, (artigo 153, § 15.º), não deve o legislador ordinário vedar o recurso ao réu apenas porque, nesta ou naquela hipótese, ele não está preso. Não vemos porque o réu, que se julga injustiçado, tenha de ficar preso para tentar remover tal injustiça. Os recursos devem poder ser apreciados no seu mérito independentemente da prisão dos recorrentes. É do interesse público que os erros se desfaçam na segunda instância, motivo pelo que tal possibilidade não deve ficar limitada pela não prisão do réu.

Forçoso é também reconhecer que, embora a apelação do condenado possa ser admitida independente de sua prisão, *de lege ferenda*, o interesse público na célere aplicação da lei penal, em alguns casos, impõe o imediato início da execução da pena fixada na sentença. Vale dizer, uma coisa não deve condicionar a outra: a admissibilidade do recurso nenhuma ligação deve ter com a prisão ou não do recorrente. A questão deve ser direcionada para a outorga ou não de efeito suspensivo à apelação do réu, neste ou naquele caso.

Destarte, nós também somos obrigados a retificar proposta de nova redação para o artigo 594, a qual se encontra a fls. 180 da primeira edição do nosso livro "Direito Processual Penal" já citado na introdução deste trabalho. Hoje sugerimos que este dispositivo legal tenha a seguinte redação:

"Artigo 594: A apelação da defesa não terá efeito suspensivo quando a pena impugnada for superior a quatro anos de reclusão ou detenção. Nesta hipótese, independentemente do processamento do recurso, inicia-se a execução da sentença em caráter provisório, por meio de carta de sentença."

"Parágrafo único: Da mesma forma, não terá efeito suspensivo a apelação do condenado à pena de reclusão inferior, quando reincidente em crime doloso também apenado com reclusão."

Evidentemente que a outorga mais ampla ou não de efeito suspensivo à apelação da defesa é uma questão de política criminal a ser levada em consideração pelo legislador, segundo balanceamento dos relevantes valores em jogo. Aqui não é o local

apropriado para aprofundar este tema. Apenas salientamos que a nossa proposta fala em pena superior a quatro anos aplicada na sentença e não abstratamente cominada aos crimes em tese. Desta forma, a execução provisória somente se instauraria em casos absolutamente graves, crimes graves.

5. TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA COM A PRISÃO COMO EFEITO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL: EXECUÇÃO PROVISÓRIA PENAL

Nossa análise será feita diante das normas processuais em vigor, consoante interpretação sistemática que vimos propondo no curso deste trabalho. Vamos fazer uma análise tópica das várias hipóteses concretas que podem ocorrer.

a) Primeiro aspecto a considerar é que, não tendo efeito suspensivo a apelação do réu condenado, inicia-se desde logo a execução provisória da pena privativa de liberdade. Assim, conforme asseveramos em outra parte, o título de sua prisão passa a ser a sentença condenatória, que produz imediatamente os seus regulares efeitos. Assim, duas hipóteses devem ser consideradas: o réu estava solto ou já estava preso quando de sua condenação.

Neste caso, se solto se encontrava o réu, deverá ser preso e submetido ao regime da Lei de Execução Penal, independentemente de qualquer ato constitutivo ou declaratório desta nova situação. Ela é efeito da sentença de mérito prolatada. Em face desta prisão, que é início do cumprimento da pena aplicada, não tem qualquer cabimento falar-se em relaxamento, revogação ou liberdade provisória. Se o juiz concedeu ao réu o regime aberto, deve ele ficar, desde logo, em prisão-albergue.

Se o réu já se encontrava preso quando de sua condenação, ainda no caso de ausência de efeito suspensivo do seu recurso, a anterior prisão em flagrante ou preventiva perde a sua eficácia, passando a sentença condenatória ser o título único e suficiente da prisão do réu, que se submete ao regime da Lei de Execução Penal, que lhe é mais favorável. Aliás, as medidas cautelares só desempenham suas funções processuais até a outorga da tutela satisfativa, a qual estão preordenadas. Não se precisa dizer que, ainda nesta hipótese, não cabe mais operar com o sistema de prisão e liberdade provisória. Caberá sim, dar cumprimento à sentença e ao regime de cumprimento de pena nela previsto, inclusive a prisão-albergue.

b) Trabalhem, agora, com a segunda situação processual. Tem o recurso de apelação do réu efeito suspensivo, segundo as várias hipóteses previstas no artigo 594 do Código de Processo Penal, ou na linguagem usual, "o réu tem direito de apelar em liberdade".

Se o réu se encontrava solto, tendo efeito suspensivo o seu recurso, não produzirá efeito a sentença condenatória, não podendo ser iniciada a execução provisória da pena aplicada. Em regra, o réu continuará solto. Não obstante, isto não impede que o sistema de prisão e liberdade provisória continue operando normalmente, embora poucos tenham notado este aspecto.

Assim, presente um dos motivos que autorizam a prisão preventiva do réu condenado, deverá ser decretada a sua custódia cautelar, independentemente do "direito de apelar em liberdade", ou melhor, independentemente de ter efeito suspensivo a sua apelação. Aqui, o título da prisão não será a sentença condenatória, mas a decisão judicial que vier a decretar a sua prisão preventiva.

Não faz qualquer sentido admitir que a primariedade e os bons antecedentes impeçam a prisão preventiva do réu condenado, quando tal medida se fizer necessária. A prisão não se dará automaticamente, em razão da condenação. Não obstante, ela pode ser decretada nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo irrelevante se o foi no próprio corpo da sentença ou em separado.

Vejamos a outra situação possível. Estando o réu preso, interpõe apelação, sendo primário e titular de bons antecedentes.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes no sentido de que o réu, na situação supra, não tem direito de "apelar em liberdade", não se beneficiando da regra do artigo 594 do Código de Processo Penal. Parece que o problema deve ser examinado por outra ótica, ou seja, na perspectiva que vimos desenvolvendo neste estudo.

Estando preso o réu condenado, mas tendo efeito suspensivo a sua apelação, por ser primário e possuidor de bons antecedentes, não se inicia a execução da pena aplicada na sentença condenatória. Tal sentença de mérito não se tornará o título de sua prisão. Em sendo assim, continua o réu preso como antes se encontrava, ou seja, o título de sua prisão continua a ser o auto de prisão em flagrante ou a decretação de sua prisão preventiva. Continuará o réu condenado submetido ao regime da prisão provisória, de natureza cautelar. Por isso, é forçoso reconhecer que o sistema de prisão e liberdade provisória deve continuar operando livremente.

Destarte, se o condenado está preso em flagrante e não mais estão presentes os motivos que autorizariam a sua prisão preventiva se solto estivesse, deve ele gozar da liberdade provisória do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, não se iniciando a execução provisória da pena, se o réu condenado estava preso preventivamente somente deverá permanecer preso enquanto persistirem os motivos desta prisão. A contrario sensu, desaparecendo os motivos que determi-

naram a prisão preventiva, deve a custódia cautelar ser revogada, em obediência ao disposto no artigo 316 do Código de Processo Penal. Tudo isto nos parece absolutamente claro, se adotarmos a interpretação anteriormente exposta.

c) Por derradeiro, resta agora enfrentar uma questão que se tornou mais delicada em face da regra do artigo 158, *caput*, conjugada com a do artigo 160, todas da Lei n. 7.210, de 1984. Pela nova lei a audiência admonitória somente é realizada após o trânsito em julgado da condenação, começando daí a correr o prazo da suspensão condicional da pena privativa de liberdade.

Na prática, os juízes têm permitido que o réu recorra em liberdade, mesmo que tenha maus antecedentes, na hipótese da concessão do "sursis". Sente-se que esta solução é a mais justa, mas não são apresentados argumentos legais para legitimá-la.

O conceituado professor Damásio E. de Jesus, no excelente trabalho intitulado "Reforma Penal de 1984", inserido no seu livro "Questões Criminais", S. Paulo, Saraiva, 1986, 2.^a edição, págs. 437/438, no item denominado "Sursis e apelação em liberdade", apresenta as seguintes soluções: a) estando preso em flagrante o condenado, beneficiado com o "sursis", deve ser colocado em liberdade provisória do artigo 310, parágrafo único, se o recurso for da acusação. Sendo da defesa, aplica-se o artigo 594, dando-lhe direito a apelar em liberdade; b) estando preso preventivamente, apelando a acusação, entende-se revogada a prisão cautelar, nos termos do artigo 316. Recorrendo a defesa, deve-se aplicar a norma do artigo 594 do Código de Processo Penal.

Parece-nos que o caminho trilhado pelo admirado mestre não é o melhor, em que pese ter chegado a resultado valioso. Não obstante, caso há que, tendo maus antecedentes o réu, não poderá o mestre invocar os benefícios do artigo 594. Por outro lado, sistematicamente, se nos apresenta indesejável falar em liberdade provisória ou revogação de prisão preventiva tendo como base única o "sursis".

Desta forma, julgamos existir estrada mais simples e correta para chegarmos ao mesmo destino, aplicando-se os conceitos que vimos desenvolvendo acima.

Estando o réu preso em flagrante ou preventivamente, ou mesmo estando solto, a sua apelação não terá efeito suspensivo se, condenado, for beneficiado com o "sursis", nos precisos termos do artigo 597 do Código de Processo Penal. O mesmo ocorrerá se a apelação for da acusação. Vale dizer, se instaura desde logo a execução penal, como efeito da sentença recorrida. Neste caso, a posterior audiência admonitória poderá funcionar como condição resolutiva da suspensão condicional da pena, se o réu não aceitar as condições fixadas pelo juiz. A chave da questão está,

pois, na correta aplicação da norma do citado artigo 597 do Código de Processo Penal.

Note-se que, a rigor, o "sursis" não importa mais em uma suspensão da pena privativa de liberdade, mas é, na verdade, uma substituição condicional desta pena, pois o novo artigo 78, § 1.º, do Código Penal estatui que, no primeiro ano do prazo, o condenado deve cumprir uma pena restritiva de direito. Não tendo efeito suspensivo o recurso de apelação, tal substituição condicional constante da sentença condenatória se opera de imediato, não havendo porque o réu ser preso ou mantido na prisão, tenha ou não bons antecedentes.

O mesmo ocorre se o recurso é da acusação. Inicia-se a execução provisória da pena restritiva de direito, nos termos do artigo 78, § 1.º, do Código Penal, como efeito da sentença condenatória, não tolhida pelo recurso da acusação.

Em resumo, aplicando-se sistematicamente o disposto no artigo 597, admitindo-se a execução provisória no processo penal, torna-se fácil explicar porque a suspensão (substituição) condicional da pena determinada na sentença condenatória se aplica de imediato, em qualquer situação. Neste caso, não há porque prender ou manter preso o réu, tenha ele bons ou maus antecedentes, haja recurso seu ou da própria acusação. Tudo se resolve à luz da eficácia integral da sentença.

6. CONCLUSÕES

De tudo o que acima ficou exposto, podemos extrair algumas conclusões de ordem genérica. Não nos parece oportuno detalhar tais conclusões, consoante se fez no corpo do trabalho, vez que prejudicaria a visão de conjunto que deve ser passada ao leitor ao final de tão densa e difícil leitura. Assim, apresentamos os seguintes enunciados, preocupados com a simplicidade:

a) A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível não apresenta as características essenciais às medidas cautelares;

b) Tal prisão, sendo efeito da sentença condenatória que aprecia o mérito da pretensão punitiva, tem a indisfarçável natureza de tutela satisfativa, ainda que submetida a condição resolutiva;

c) Não tendo efeito suspensivo o recurso de apelação do réu, segundo aplicação do artigo 594 do Código de Processo Penal, se instaura, desde logo, a execução provisória da pena aplicada na sentença;

d) Da mesma forma, temos execução provisória no processo penal quando admitido o recurso extraordinário, nos termos do artigo 637 do Código de Processo Penal;

e) O reconhecimento da natureza de execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso. Assim, o exercício do direito de recorrer não prejudica a situação processual do réu;

f) Instaurando-se a execução provisória, por ausência de efeito suspensivo da apelação do réu, a sentença condenatória passa a ser o título único de sua prisão, substituindo qualquer outro anteriormente existente. O mesmo se passa diante de apelação da acusação;

g) Tendo efeito suspensivo a apelação do réu, pela aplicação do artigo 594 do Código de Processo Penal, a sentença condenatória não se torna título de sua prisão, permitindo que o sistema de prisão e liberdade provisória continue operando livremente;

h) Pelo artigo 597 do Código de Processo Penal, o "sursis", hoje concebido como substituição condicional da pena privativa de liberdade, (artigo 78, § 1.º, do Código Penal), não tem a sua eficácia suspensa por eventual recurso de apelação, permitindo a liberdade do réu como efeito da sentença impugnada;

i) O artigo 594 do Código de Processo Penal deve merecer nova redação, negando-se efeito suspensivo à apelação contra altas penas privativas de liberdade, sem, contudo, vedar ao réu o direito constitucional de recorrer por não se apresentar à prisão.